

Een omgangsrecht van een buiten huwelijk geboren kind met diens vader: wijsheid uit het Oosten

Citation for published version (APA):

Leenen, C., & de Groot, G-R. (1999). Een omgangsrecht van een buiten huwelijk geboren kind met diens vader: wijsheid uit het Oosten. In *UNKNOWN_HOST* (pp. 135-142). Maastricht University, Vakgroep Privaatrecht.

Document status and date:

Published: 01/01/1999

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

EEN OMGANGSRECHT VAN EEN BUITEN HUWELIJK GEBOREN KIND MET DIENS VADER: WIJSHEID UIT HET OOSTEN?

Catelijne Leenen
Gerard-René de Groot

Ter Inleiding: de HR in zaak Jeroen

Op 22 december 1995 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan in de zaak "Jeroen".¹ In die zaak ging het om een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen een tienjarige jongen, Jeroen genaamd, en zijn biologische vader. Het verzoek tot een omgangsregeling werd ingesteld door de moeder namens haar kind. Hoewel Jeroen na zijn geboorte nooit contact heeft gehad met zijn vader, had de jongen te kennen gegeven dat hij de behoefte heeft zijn vader te ontmoeten. De biologische vader van Jeroen wenst echter geen enkel contact met hem en wil niet vrijwillig meewerken aan enige vorm van omgang. Op het verzoek om een omgangsregeling vast te stellen, teneinde het door Jeroen gewenste contact mogelijk te maken, heeft de Hoge Raad op 22 december 1995, in tegenstelling tot het Hof Amsterdam, afwijzend beslist.²

De Hoge Raad erkende weliswaar dat indien een kind de bescherming van art. 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) inroept teneinde enige vorm van contact met zijn biologische vader te realiseren, niet dezelfde voorwaarden behoeven te worden gesteld als wanneer de biologische vader op enige vorm van contact met een door hem verwekt maar niet erkend kind aanspraak maakt. Tevens erkende de Hoge Raad dat er terecht op kan worden gewezen dat de biologische vader mede-verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van het kind. Echter, zo oordeelde de Hoge Raad, mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM moet worden aangenomen dat ook in de context van een verzoek van de zijde van een kind om vaststelling van een omgangsregeling met zijn biologische vader, niet kan worden gesproken van een als "family life" in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking op de enkele grond dat het kind door de biologische vader is verwekt.³

¹ Hoge Raad 22 december 1995, NJ 1996, 419.

² Het Hof Amsterdam besliste op 19 januari 1995 in deze zaak en oordeelde dat Jeroen recht had op enige vorm van omgang of contact met zijn vader, hoewel dit zou kunnen wijken voor de rechten en vrijheden van de biologische vader indien deze zwaarder zouden wegen (r.o. 3.9). De beschikking van het Hof is opgenomen in de beslissing van de Hoge Raad, NJ 1996, 419. Zie tevens FJR 1995, p. 117 (E.P. von Brucken Fock).

³ Hoge Raad 22 december 1995, r.o. 3.3.. Ook de Advocaat-Generaal mr. Moltmaker is van mening dat uitsluitend het feit van de verwekking geen family life teweegbrengt. In het licht van de jurisprudentie van het EHRM lijkt hem dat te ver gaan, conclusie A-G, onder 3.2.14.

Voorts ging de Hoge Raad in op het, door het Hof aangehaalde, art. 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: IVRK).⁴ De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel art. 7 IVRK meer omvat dan slechts het vernemen van de namen van eens ouders, niet uit dit artikel kan worden afgeleid dat in een situatie waarin het gaat om een door de biologische vader niet erkend kind waarmee hij geen persoonlijk contact wil hebben, het kind het recht heeft dit geweigerde persoonlijke contact tegen de wil van de vader af te dwingen. Niet aannemelijk is dat de verdragssluitende staten een zo ver gaand recht op het oog hebben gehad, aldus de Hoge Raad.⁵

De Hoge Raad besliste daarom op het gedane verzoek in het nadeel van Jeroen.

Reacties uit de literatuur

In de literatuur werd verdeeld gereageerd op de zoëven samengevatte beslissing van de Hoge Raad. Zo noemt Titia Loenen de beslissing van de Hoge Raad een beslissing die instemming verdient. De benadering van de Hoge Raad lijkt haar meer in de lijn te liggen van die van het EHRM dan de benadering van het Hof Amsterdam.⁶

Er wordt echter ook kritiek uitgeoefend op de beslissing van de Hoge Raad. Wiglevén noemt de uitspraak van de Hoge Raad een niet zo bevredigende.⁷ Het is volgens haar inderdaad de vraag of het wenselijk is dat de uitspraak van het Hof, die voorafging aan de beslissing van de Hoge Raad, als consequentie zou kunnen hebben gehad, dat in alle gevallen waarin een niet erkend kind omgang vraagt met de biologische vader, er naast de vaststelling van het biologisch vaderschap, geen verdere feiten behoeven te worden gesteld, om family life en het daaruit volgende recht op omgang aan te nemen. Echter als het enkele verwekkerschap niet voldoende is wat zou het kind dan naast het verwekkerschap kunnen aanvoeren? Het kind kan als pasgeboren baby immers zelf geen family life creëren. Bovendien heeft het geen invloed op de aard en de bestendigheid van de relatie van zijn ouders voor en na zijn geboorte, een factor die de Hoge Raad niet buiten beschouwing wil laten. Zij noemt het jammer dat de Hoge Raad geen family life aanwezig oordeelt. Bevredigender ware het geweest om zeker met het oog op het recht op omgang, het bestaan van het biologisch vaderschap door verwekking, als voldoende family life aan te nemen, in de geest van het Hof Amsterdam. Ook een niet erkend natuurlijk kind behoort in principe recht op omgang met de biologi-

⁴ Hof Amsterdam 19 januari 1995, r.o. 3.6..

⁵ Hoge Raad 22 december 1995, r.o. 3.4. Zie ook de conclusie van A-G Moltmaker, die van mening is dat art. 7 lid 1 IVRK in dit geval niet zover reikt en zelfs dat een tegenargument te vinden is in art. 9 van het IVRK, nu daar pas over omgang wordt gesproken, onder 3.4.10 en 3.4.11.

⁶ Titia Loenen, Tegen diens wil, NJCM-Bulletin 1996, p. 426.

⁷ M. Wiglevén, Recht op omgang van kind met biologische vader?, Advocatenblad 1996, p. 328.

sche ouder te hebben. Aan de andere kant heeft de verwekker bij de eventuele effectuering van dat recht, door de belangenafweging voorafgaande aan de toewijzing van het verzoek, voldoende gelegenheid om, indien hij daartoe goede redenen heeft, te voorkomen dat hij tegen zijn wil tot contact met het kind wordt gedwongen, aldus Wiglevén.⁸

Ook Von Brucken Fock oefent net als Wiglevén kritiek uit op het feit dat de Hoge Raad niet de aard en de bestendigheid van de aan de geboorte voorafgaande relatie tussen de moeder en de verwekker buiten beschouwing wil laten. Hij blijft worstelen met de vraag waarom het bestaan van een familielevens tussen een kind en zijn verwekker moet afhangen van een rechterlijk oordeel over de voornoemde relatie. Het belang van het kind is immers slechts gelegen in de mogelijkheid om zowel met de vader als met de moeder een familielevens te hebben, hoe de onderlinge relatie tussen de ouders ook moge (geweest) zijn. Van de omstandigheid dat van een als family life aan te merken relatie tussen de ouders geen sprake is, mag het kind in ieder geval niet de dupe zijn en daaraan zouden voor het kind dus ook geen gevolgen verbonden mogen worden, aldus Von Brucken Fock.⁹ De overweging van de Hoge Raad dat de verdragssluitende staten in art. 7 IVRK een niet zo vergaand recht als het omgangsrecht op het oog hebben gehad is volgens Von Brucken Fock weinig zeggend. Immers de meest natuurlijke vorm om ouders te kennen is door contact met hen te hebben. Bovendien blijkt uit de parlementaire behandeling dat art. 7 lid 1 een ruime marge toekent bij de verwezenlijking van de in dat artikellid aan een kind toegekende rechten en kan het al naar gelang het nationale recht verschillend worden uitgelegd. Von Brucken Fock is dan ook van mening dat nu door de Hoge Raad de door het kind aan art. 8 EVRM ontleende rechten restrictief zijn uitgelegd, er alle aanleiding was om art. 7 lid 1 IVRK extensief uit te leggen.¹⁰

De Oostenrijkse Oberste Gerichtshof: een andere benadering

Een met de zaak Jeroen vergelijkbare casus moest enige tijd geleden worden beslist door de Oostenrijkse hoogste rechter. Ook in Oostenrijk moest de rechter evenals onze Hoge Raad een beslissing nemen met inachtneming van art. 8 en 14 EVRM, alsmede rekening houdend met het Verdrag inzake de rechten van het kind. Hoewel het Oostenrijkse gerechtshof de vader niet direct dwingt tot omgang met diens buiten huwelijk geboren kind, is de benadering van de Oostenrijkse rechter een net iets andere dan die van onze Hoge Raad. Het is daarom de moeite waard om kennis te nemen van de Oostenrijkse beslissing.

⁸ Ibid.

⁹ E.P. Von Brucken Fock, De Hoge Raad laat Jeroen in de kou staan, FJR 1996, p. 63.

¹⁰ E.P. Von Brucken Fock, a.w., p. 64.

De vader van het in de Oostenrijkse casus centraal staande buiten huwelijk geboren kind is in Nederland geen onbekende, namelijk de Oostenrijkse zanger Udo Jürgens. Deze had een op 29 november 1994 buiten huwelijk geboren kind erkend. Eenmaal bezocht hij moeder en kind. Vervolgens verzocht het kind in juni 1996, in rechte vertegenwoordigd door zijn moeder, de rechter tot het vaststellen van een omgangsregeling met zijn vader. Verzocht werd vast te stellen, dat het kind de vader eenmaal per maand mocht bezoeken, respectievelijk, dat de vader verplicht zou worden om het kind een zondagmiddag per maand te bezoeken. Het kind beriep zich op het EVRM, alsmede op het IVRK.

De rechter in eerste aanleg wees het verzoek van het kind af. De rechter wees er op, dat par. 148 ABGB uitdrukkelijk bepaalt dat de ouder die niet met het gezag over het kind is bekleed een omgangsrecht toekomt. De desbetreffende bepaling zegt echter niets over een recht van het kind op omgang met de niet met het gezag beklede ouder.¹¹ Verder kon volgens de rechter noch uit het IVRK noch uit het EVRM een subjectief, afdwingbaar omgangsrecht van het kind worden afgeleid.

Tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg tekende het kind beroep aan en wel met succes. De appelinstantie meende dat uit par. 148 ABGB niet a contrario mag worden afgeleid dat een kind geen omgangsrecht met zijn niet met gezag beklede ouder heeft. Volgens art. 8 EVRM heeft iedereen en derhalve ook een kind recht op "family life". Daartoe behoort ook contact met beide ouders. Voor een recht van het kind op uitoefening van een omgangsrecht pleit ook art. 9 lid 3 IVRK. Volgens die bepaling moet het recht van het kind op regelmatige persoonlijke relaties en directe contacten met beide ouders worden gerespecteerd, voorzover dit niet in strijd met het welzijn van het kind is. Over dat artikel had de Oostenrijkse bondsregering gedurende de procedure voorafgaande aan de ratificatie van het IVRK opgemerkt, dat deze verdragsbepaling correspondeert met par. 148 ABGB. Hoewel dus kennelijk de Oostenrijkse regering er vanuit was gegaan, dat de wetgeving niet behoefde te worden aangepast aan de zoëven vermelde verdragsbepaling, concludeert het appelgerecht dat een omgangsrecht van het kind naar Oostenrijks recht moet worden aanvaard, maar tevens dat dit recht niet tegen de uitdrukkelijke wil van de niet met gezag beklede ouder kan worden afgedwongen. Het opleggen van dwangmaatregelen (zoals een dwangsom) moet volgens de rechter van de hand worden gewezen: "Bei ernsthafter Weigerung des Elternteils habe eine "Titelschöpfung" nicht stattzufinden." Wel moet de vader voor de

¹¹ Relevant is de in 1989 opnieuw vastgestelde tekst van Par. 148 lid 1: "Stehen einem Elternteil nicht die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes zu, so hat er doch das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Das Gericht hat auf Antrag die Ausübung dieses Rechtes in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln oder nötigenfalls, besonders wenn die Beziehungen des Kindes zu dem Elternteil, bei dem es aufwächst, unerträglich gestört würden, ganz zu untersagen."

rechter verschijnen om geconfronteerd te worden met het verzoek van het kind. Blijft de vader ook na het uitproberen van rechterlijke overtuigingskracht weigerachtig, dan moet het verzoek van het kind worden afgewezen.

Udo Jürgens ging tegen deze beslissing van het appelgerecht in beroep bij de Oberste Gerichtshof van Oostenrijk. De Oberste Gerichtshof deelde de mening van het appelgerecht. Het gerechtshof overwoog daartoe ondermeer:

"Nach Ansicht des erkennenden Senates ist für den österreichischen Rechtsbereich der Meinung der Vorzug zu geben, daß ein Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem Elternteil besteht. Es wäre ein nicht vertretbarer Wertungswiderspruch, diesen Kontakt nur unter dem Gesichtspunkt des nach § 148 ABGB berechtigten Elternteils als dem Kindeswohl förderlich zu erachten, einen eigenen Anspruch des Kindes aber zu verneinen. Ein solcher Standpunkt entspräche nicht der aus § 137 Abs 2 ABGB¹² ableitbaren Absicht des Gesetzgebers. Zutreffend verweist das Rekursgericht zur Stützung seiner Ansicht auch auf die Kinderrechtskonvention, in der ausdrücklich auf das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen hingewiesen wird. Wenn diese Konvention auch keinen unmittelbaren Anspruch des Kindes schafft, geht doch daraus klar die Absicht des Gesetzgebers hervor, den erwähnten Anspruch des Kindes zu wahren. Auch ohne weitere Umsetzung der KRK durch innerstaatliche Normen kann nach Ansicht des erkennenden Senates schon de lege lata eine Verpflichtung des Elternteils zur Kontaktpflege mit den Kindern, die nicht bei ihm aufwachsen, bejaht werden. Zwangsläufig ergibt sich daraus eine korrespondierende Verpflichtung des Elternteils.

Vom Rechtsanspruch des Kindes und der Rechtspflicht des Elternteils zu unterscheiden ist die konkrete Ausübung des persönlichen Verkehrs und dessen Durchsetzbarkeit. Dazu ist folgendes auszuführen:

Ein Bedürfnis zur Regelung der Besuchsrechtsausübung entsteht üblicherweise bei diesbezüglichen Differenzen zwischen den Eltern, allenfalls (auch) dem mündigen Kind. Auf den Willen unmündiger Minderjähriger kommt es bei der Besuchsrechtsregelung nach ständiger Rechtsprechung nicht an (EFSlg 74.998). Eine Versagung der Besuchsrechtsausübung käme nur bei einer Gefährdung des Kindeswohls in Frage. Den obsorgepflichtigen Elternteil trifft die Pflicht, das Kind auf den Besuch des anderen Elternteils vorzubereiten. Einer Verletzung dieser Verpflichtung kann allenfalls mit Zwangsmaßnahmen begegnet werden. In diesem Sinn ist die Besuchsrechtsausübung durchsetzbar. Anders verhält es sich nach ständiger oberstgerichtlicher Judikatur aber in den Fällen, wo der bereits

¹² De tekst van die bepaling luidt: "Eltern und Kinder haben einander beizustehen, die Kinder ihren Eltern Achtung entgegenzubringen."

mündige Minderjährige den persönlichen Verkehr mit dem antragstellenden Elternteil (und sei es auch völlig unbegründet) ablehnt. Gegenüber mündigen Minderjährigen soll kein Zwang ausgeübt werden (EFSlg 45.737, 53.911 uva; zuletzt 7 Ob 1547/94 = EFSlg 75.001; Pichler aaO Rz 3; Schwimann, ABGB Rz 2 zu § 148). Ein mit Zwangsmitteln gegen den Willen des Minderjährigen durchgesetzter persönlicher Verkehr widerspricht dem Kindeswohl. Wegen der bei mündigen Minderjährigen vorauszusetzenden Einsicht und Urteilsfähigkeit kommt der Ablehnung des Besuchsrechtes durch das Kind entscheidende Bedeutung zu. Dies muß aber umgekehrt auch gelten, wenn der eigenberechtigte Elternteil sein Besuchsrecht nicht ausüben will. Der Oberste Gerichtshof hat in einem vergleichbaren Fall schon ausgesprochen, daß dem besuchsunwilligen Vater ein Verweigerungsrecht zugestanden werden muß (7 Ob 1547/94).

Die Durchsetzbarkeit des Besuchsrechtes eines Elternteils zu einem unmündigen Minderjährigen kann wegen dessen eingeschränkter Urteilsfähigkeit durchaus sinnvoll sein, nicht aber bei Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch verständige Beteiligte (des mündigen Minderjährigen oder des eigenberechtigten Elternteils). Zur Anerkennung eines Ablehnungsrechtes des Elternteils wird in der schon zitierten Meinung Ferrari-Hofmann-Wellenhofs folgendes ausgeführt:

"Welchen Sinn hätte es, zB den nicht obsorgeberechtigten Vater, der an persönlichem Kontakt mit dem Kind nicht interessiert ist, zu zwingen (etwa mit den Mitteln des § 19 Abs 1 AußStrG), sein Kind in regelmäßigen Abständen zu treffen? Solche Zusammenkünften dürften sich für das Kind wenig erfreulich gestalten, sodaß die zwangsweise Durchsetzung eines etwaigen Besuchsrechtes des Kindes wohl nicht dem Kindeswohl entsprechen, sondern ihm vielmehr zuwiderlaufen würde" (aaO 751). Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Der aus der Beistandspflicht des § 137 Abs 2 ABGB abgeleitete Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem nichtbetreuenden Elternteil ist nicht durchsetzbar. § 137 Abs 2 ABGB gewährt kein unmittelbares Verfolgungsrecht (Pichler aaO Rz 4 zu § 137). Eine anständige, von gegenseitiger Achtung und Zuneigung getragene Begegnung kann nicht erzwungen werden. Diese Ansicht wird auch in den zitierten deutschen (Gernhuber/Coester-Waltjen aaO 1064; Hinz aaO Rz 12) und österreichischen Lehrmeinungen Klein aaO; Ferrari-Hofmann-Wellenhof aaO) vertreten. Das Rekursgericht ist dieser Ansicht frei von Rechtsirrtum gefolgt und hat seine Rechtsansicht dem Erstgericht zutreffend überbunden. Vor der Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch den Vater ist das durch seine Mutter vertretene Kind legitimiert, einen Antrag auf Besuchsregelung zu stellen (7 Ob 610/93). Der Fürsorgecharakter des Pflegschaftsverfahrens gebietet es, daß das Gericht zur Wahrung des Kindeswohls auf den Vater einwirkt und eine positive Stellungnahme zu erreichen sucht. Erst wenn feststeht, daß der Vater (nach Belehrung) der Besuchsrechtsausübung ablehnend gegenübersteht, ist die Sache im Sinne einer Abweisung der Anträge des Kindes spruchreif. Der gegen den

Aufhebungsbeschluß des Rekursgerichtes gerichtete Rekurs des Vaters ist daher nicht berechtigt."

Uit het IVRK wordt dus de wil van de (internationale) wetgever afgeleid om het kind een recht op omgang met beide ouders toe te kennen. Opmerkelijk is, dat de Oberste Gerichtshof daarbij niet zoals de Hoge Raad als uitgangspunt art. 7 lid 1 van dat verdrag neemt ("Het kind ... heeft, voorzover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen ..."), maar art. 9 lid 3 ("De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind."). Uit art. 9 lid 3 van dat Verdrag wordt ook zonder dat dit recht in de Oostenrijkse rechtsorde is geïmplementeerd reeds "de lege lata", d.w.z. naar geldend recht de verplichting van een ouder afgeleid om contact te onderhouden met de kinderen, die niet bij hem opgroeien. Van het omgangsrecht van het kind en van de daarmee verbonden omgangsplicht van een ouder moet evenwel de vraag naar de afdwingbaarheid van dat recht, respectievelijk plicht worden onderscheiden. Een behoorlijke, van wederkerige achting en genegenheid gedragen ontmoeting kan niet worden afgedwongen. Het is echter de taak van de rechter om met het oog op het welzijn van het kind op de vader druk uit te oefenen om een positieve houding van deze te bewerkstelligen. Het beroep van Udo Jürgens werd derhalve afgewezen. Met andere woorden: de rechter moet zich inspannen om Udo Jürgens over de streep te trekken en over te halen zijn kind regelmatig te ontmoeten. Of zulks uiteindelijk is gelukt, is ons onbekend: de roddelpers is op dat punt waarschijnlijk informatiever dan juridische periodieken. Dit detail zullen wij bij de kapper nog nader onderzoeken. Voor de onderhavige beschouwingen heeft het uiteindelijke resultaat ook trouwens minder relevantie.

Enkele vergelijkende overwegingen

Als we de uitspraak van de Oostenrijkse Oberste Gerichtshof in de zaak Udo Jürgens vergelijken met de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Jeroen vallen enige zaken op. In de eerste plaats is uiteraard opmerkelijk, dat de HR uit art. 7 lid 1 IVRK geen omgangsrecht afleidt en de OG uit art. 9 lid 3 van hetzelfde Verdrag wel. De HR concludeert, dat geen omgangsrecht met een onwillige vader bestaat, de OG komt tot de gevolgtrekking dat wel een recht tot omgang met de onwillige vader bestaat, maar dit recht niet door middel van een dwangsom kan worden afgedwongen. De constructie van de OG roept herinneringen op aan het instituut van de natuurlijke verbintenis, maar schept nog sterkere verplichtingen dan bij een natuurlijke verbintenis aanwezig zijn. Ingeval van een natuurlijke verbintenis ontbreekt de rechtsvordering, bij de door de OG gevolgde constructie ontbreekt de rechtsvordering niet, maar wordt slechts het toepassen van dwang-

middelen van de hand gewezen. Als wij het wel zien, is bij het volgen van de constructie van de OG een verklaring voor recht, dat een omgangsrecht bestaat en zelfs het vaststellen van een concrete omgangsregeling toewijsbaar. Het is echter onmogelijk om de vader juridisch dusdanig het mes op de keel te zetten, dat hij de omgangsregeling ook daadwerkelijk nakomt. Verder kan men zich voorstellen, dat de constructie gevolgd door de OG gevolgen heeft voor veroordeling in de proceskosten. Zo is het denkbaar, dat de onwillige vader wordt veroordeeld in het dragen van de kosten van de procedure gemaakt door (althans namens) het kind.

We mogen uiteraard niet de ogen sluiten voor het gegeven, dat er feitelijke verschillen zijn tussen de casus Jeroen en het geval van het kind van Udo Jürgens. Laten we in de eerste plaats een aspect aangegeven, waarin het "recht" van Jeroen wellicht sterker is dan dat van het kind in de Oostenrijkse casus: Jeroen is tien jaar, het Oostenrijkse kind is nog geen twee jaar oud. Het heeft er veel van weg, dat de Oostenrijkse moeder via het kind zelf omgang met Udo Jürgens wil realiseren. Een tweede belangrijker verschil, dat een duidelijk minpunt voor de casus Jeroen vormt, is het feit dat Udo Jürgens zijn kind heeft erkend, terwijl in de Nederlandse casus slechts sprake was van een biologische vader. Blijkens de posita van de vader twijfelt deze zelfs aan zijn biologische vaderschap; de moeder heeft geen vaderschapsaktie ingesteld; familierechtelijke betrekkingen tussen kind en "vader" zijn buiten beeld. Zou de HR inzake het omgangsrecht anders hebben geoordeeld, indien de vader het kind zou hebben erkend? Zou de HR ook tot een andere gevolgtrekking zijn gekomen, indien de casus na 1 april 1998 had moeten worden beslist en reeds via gerechtelijke vaststelling van het vaderschap familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind waren geschapen? En -last but not least- zou de OG wellicht ook anders hebben beslist, indien Udo Jürgens zijn kind niet had erkend, doch slechts met toepassing van de Par. 163 e.v. ABGB het vaderschap van Jürgens gerechtelijk was vastgesteld?

Het is niet zinvol om een poging te doen in het denkbeeldige koffiedik te kijken. Van meer belang is om na te gaan, hoe in de toekomst verzoeken tot omgang van een kind met zijn vader moeten worden beslist. De beslissing van de Oberste Gerichtshof van Oostenrijk kan daarbij inspirerend zijn vanwege de net iets andere benadering, alsmede vanwege de net iets andere casuïstiek. Dat het Nederlandse BW en het Oostenrijkse ABGB uiteraard in vele details van elkaar verschillen, speelt geen rol. Beide hoogste rechters moesten en zullen in gevallen als de onderhavige moeten beslissen zonder dat de wetboeken echt concreet houvast bieden. De beslissingen moeten worden genomen met inachtneming van dezelfde internationale verdragen: het is een zoeken naar een met betrekking tot een bepaalde problematiek te vinden concretisering van een nieuw Europees *ius commune*.